

# **DA PREEEXISTÊNCIA DA NORMA JURÍDICA EM RELAÇÃO À INTERPRETAÇÃO, COMO PRESSUPOSTO LÓGICO DA FATALIDADE DA INCIDÊNCIA<sup>1</sup>**

**Isabelle Carvalho de Oliveira Lima**

*Mestra em Direito Público pela Faculdade de Direito  
da Universidade Federal de Alagoas - UFAL*

*1. Introdução; 2. Incidência e retroatividade; 3. A natureza da incidência; 4. A influência da linguagem no conhecimento do direito; 5. Incidência, interpretação e aplicação; 6. Reconhecimento da incidência da norma ou criação de norma individual?; 7. Intangibilidade do sentido dos textos; 8. conclusão; 9. referências.*

## **1. INTRODUÇÃO**

O direito é um dos vários processos de adaptação social. Objetiva harmonizar a sociedade por meio da segurança, e da pacificação desta advinda. Assim, embora não se negue a importância dos valores que devem informar o direito, tais como a justiça, o que basta para a adaptação jurídica é a certeza das normas legitimamente postas.

Como nota distintiva dos outros meios adaptativos, o direito dispõe de um mecanismo ideal<sup>2</sup>, imediato e inafastável, ou, como qualifica Pontes de Mi-

<sup>1</sup> Projeto apresentado como requisito para obtenção dos créditos em Teoria Geral do Direito, na II Turma de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas - UFAL

<sup>2</sup> O termo "ideal" é aqui utilizado em contraposição a físico, o que não o torna menos real nem menos objetivo. "Não só é, no mundo, o que se palpa, ouve, vê, cheira, ou gosta", Pontes de Miranda. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969, tomo I, p. 31.

randa<sup>3</sup>, infalível. É a **incidência** da norma. Decorre de tal expediente que, sempre que ocorrido um fato (qualquer, do mundo dos fatos, seja conduta humana, seja evento da natureza) que haja sido descrito numa norma, e nesse exato instante, a norma incide. Isto é, havendo coincidência suficiente<sup>4</sup> entre um suporte fático concreto (fato do mundo, que eventualmente pode até ser um fato jurídico, valorado pelo direito) e o suporte fático hipotético, que é a situação abstratamente considerada pela norma, esta cai sobre o suporte fático concreto, imprimindo em parte dele a condição de **fato jurídico**, *lato sensu*.

A incidência é o efeito legal das normas, que para tanto precisam vigor, uma vez que a vigência é a capacidade de a norma incidir. Os fatos jurídicos surgem, pois, da simultaneidade do suporte fático concreto suficiente e da norma vigente. O direito não modifica diretamente a realidade fática, sensível, mas através das normas qualifica os fatos relevantes para a convivência humana, atribuindo a estes (agora fatos jurídicos) efeitos. As próprias normas são fatos jurídicos (normativos). Assim, o fato jurídico é o elemento básico, irreduzível do direito.

Mas a relevância do fato jurídico está vinculada à idéia da incidência, como mecanismo pensado pelo homem, mas que dele se desprende, passando a funcionar ainda quando não se saiba, ou não se queira.

\* \* \*

Argumenta-se contra a fatalidade da incidência, que ela teria por pressuposto a preexistência da norma, quando, em realidade, a norma seria o resultado da interpretação do enunciado contido no texto legal<sup>5</sup>. E mais, que um mesmo enunciado teria tantas interpretações quantas fossem as pessoas que o inter-

<sup>3</sup> "A incidência das regras jurídicas é infalível; isto é, todos os suportes fáticos, suficientes, que se compuseram, são coloridos por ela, sem exceção. A vontade humana nada pode contra a incidência da regra jurídica, uma vez que ela se dá no plano do pensamento." Pontes de Miranda. Tratado de direito privado, tomo I, p. 36.

<sup>4</sup> É suficiente o suporte fático concreto, segundo considera Pontes de Miranda ao longo de seu Tratado de Direito Privado, quando apresenta os elementos nucleares (cerne e elementos complementantes), ainda que lhe falem os elementos complementares e integrativos, uma vez que à existência bastam os elementos nucleares, sendo os elementos complementares ora relacionados ao plano da validade, ora ao da eficácia, e os integrativos sempre relacionados ao plano da eficácia.

<sup>5</sup> "A norma, conforme já afirmado, é produto da interpretação dos enunciados prescritivos ou disposições." Gabriel Ivo. Norma jurídica: produção e controle, p. 2.

pretassem, e quantas vezes uma mesma pessoa o interpretasse, dada a subjetividade, inclusive circunstancial, temporal, da interpretação, desde que respeitados os limites mínimos dados pelo texto.

Ora, se criação da norma só se completasse com a interpretação, sobretudo no momento de sua aplicação, onde a interpretação seria autêntica, isto é, autorizada, surgiriam inúmeros inconvenientes, incongruências mesmo, no sistema jurídico.

O primeiro deles: o legislador não seria o criador das normas, mas apenas um limitador do verdadeiro poder de criação, que caberia à Administração e, em última análise, ao Judiciário. É de todos sabido, contudo, que a convergência dos poderes de legislar e julgar num mesmo órgão, além de temerário, constitui verdadeira arbitrariedade, acabando com a segurança jurídica. Se sem segurança não se tem paz, tal combinação de poderes vai contra a finalidade pacificadora do direito.

Com isso não se está diminuindo a função do julgador, que, destaque-se, não se resume à de um autômato. Ele de fato interpreta a norma, dentro do sistema em que a aplica, considerando a época em que se encontra, bem como as especificações do caso concreto. Mas uma norma que já existe. *O que o juiz resolve não é regra jurídica, e não no seria, se se tratasse de julgar caso em que se invocasse direito estrito; mas é-o, sem qualquer dúvida, o com que ele resolve. A sua função não é, aí, de modo nenhum criadora; não passa de função aplicadora, apesar da latitude da lei*<sup>6</sup>.

Afirmar que a norma seja o sentido empregado a em enunciado pelo intérprete implicaria admitir que o sistema jurídico é uma estrutura vazia de sentido ou, pior, que existem inúmeros sistemas jurídicos, um para cada intérprete, o que seria um caos, o oposto da harmonização social que se busca.

E isso levaria a um outro problema: se a norma é posta pelo intérprete, este é infalível, ou erra apenas raramente, quando vem a extrapolar o limite textual.

O mais inaceitável, porém, é a questão temporal.

---

<sup>6</sup> Pontes de Miranda. Tratado de direito privado, tomo I, p. 70. Na página anterior, o autor esclarece que por direito estrito denomina a regra jurídica cuja precisão dispensa maior esforço do intérprete para compreendê-la e identificar sua incidência, enquanto que por direito lato se refere a regras jurídicas de conteúdo menos preciso, que requerem do juiz ou interessado função de determinação, dentro de certo branco, sem que haja arbítrio puro.



## **2. INCIDÊNCIA E RETROATIVIDADE**

Segundo a doutrina ponteana, como mencionado acima, a incidência é imediata à concreção do suporte fático. E não poderia ser diferente. A norma recai em algo, isto é, o fato por ela previsto, quando se concretiza, sofre sua incidência. Após a concreção do suporte fático, a norma não pode mais incidir naquele fato específico (embora possa incidir em inúmeros outros fatos concretos que, semelhantes àquele, reproduzem o mesmo fato hipotético), porque os fatos são efêmeros, pelo menos do modo como considerado pelas normas jurídicas, isto é, enquanto suportes fáticos<sup>7-8</sup>. Assim, depois de passado o instante da concreção, a ocorrência do fato já não existe, desfez-se, é passado. Como é nesse momento posterior que a interpretação e a aplicação são feitas, se a norma adviesse da interpretação, não teria mais em que incidir, ou haveria retroação.

Ainda, casos há em que, no momento da interpretação, a lei que vigorava à época do fato já está revogada. O intérprete, então, estaria a criar uma norma a partir de lei sem vigência, e fazendo-a incidir sobre um fato pretérito. Além de incoerente, isso levaria a um retorno à insegurança vivida quando os reis ditavam a lei no momento em que o caso lhes era exposto a julgamento – embora a lei seja conhecida de todos, as normas não são conhecidas de ninguém até que, depois de ocorrido um fato ou praticado um ato, sua situação seja posta em julgamento.

Mais. Não há que se falar em efeitos jurídicos antes do efeito legal (incidência). Então, admitir que a criação da norma só se completa com a interpretação e aplicação, seria negar a existência (jurídica) de inúmeras relações jurídicas que se formam e se extinguem diariamente sem que ninguém tenha parado para “realizar” a incidência.

Assim, quem entra num táxi, é conduzido ao destino desejado e ao final paga pelo serviço, foi sujeito de uma relação jurídica, cujo outro sujeito era o taxista. O mesmo se diga da relação trabalhista de emprego: o salário recebido

<sup>7</sup> “É preciso considerar, ainda, que o suporte fático se concretiza, sofre a incidência da norma jurídica, dando ensejo ao surgimento do fato jurídico, e se extingue. Há, portanto, uma determinação espaço-temporal do suporte fático, que faz dele, por isso mesmo, transeunte.” Marcos Bernardes de Mello. Teoria do fato jurídico, p. 48.

<sup>8</sup> “O fato, que se fez *jurídico*, permanece como se envolvesse o seu suporte fático, que, de ordinário, é *transeunte* (deu-se uma só vez e de um só jacto) e só excepcionalmente *continuativo*.” Pontes de Miranda. Tratado de direito privado, tomo I, p. 98.

periodicamente tem como justificativa a relação preexistente. A ausência de litígio não descaracteriza inúmeros fatos que são jurídicos. Aliás, a grande parte das relações jurídicas surge, se modifica e se extingue sem que as pessoas se dêem conta, sem que seja interpretada juridicamente.

### 3. A NATUREZA DA INCIDÊNCIA

Refuta-se a infalibilidade da incidência, argumentando que sua natureza não é física ou metafísica, mas subjetiva. Tal é a tese defendida por Gabriel Ivo<sup>9</sup>:

“Para que se saiba qual a regra jurídica que incidiu, que incide, ou que incidirá, é preciso que se saiba o que é que ela diz, sendo o mesmo que afirmar que o sentido da regra é dado pela interpretação. O que incide, portanto, é o produto da interpretação. E como o produto da interpretação é a norma jurídica, construída pelo intérprete, juiz ou alguém a quem interesse a regra jurídica, o senhor da incidência não é algo físico ou metafísico. O senhor da incidência é o homem concreto; o construtor do sentido das palavras. O gerador do sentido do texto. E que, mesmo dentro de uma mesma escrita, pode ter vários sentidos, dada a inescotabilidade do sentido.”

Em que pesem os argumentos do autor, muito bem articulados ao longo da sua obra, entendimento diverso parece mais coerente. Aceitar a preexistência da norma jurídica em relação à interpretação, como pressuposto lógico da fatalidade da incidência, não implica afastar completamente a participação humana no fenômeno.

A idéia da incidência, genericamente, é produto da criação humana, juntamente com todo o direito. Portanto, de natureza humana. Embora não se identifique um ser humano a realizar concretamente a incidência em cada caso específico, através de uma interpretação criadora, a incidência, enquanto instituto, não é criação divina ou metafísica. Mas se assemelha, sim, às regras físicas, porque a infalibilidade delas é que possibilita a regulação da sociedade pelo direito, com distinção em relação aos demais processos de adaptação social.

O que não se admite é que só se dê a incidência nos casos em que, depois de ocorrido o fato, um intérprete autêntico tome conhecimento de sua ocorrência, criando a norma e fazendo-a incidir em fato passado. É justamente para

---

<sup>9</sup> Norma jurídica: produção e controle, pp. 52-53.

evitar tal arbitrariedade e insegurança, que é a norma retroativa, que o homem criou o direito, sistema de prescrições prévias, obrigatórias, infalíveis e inesgotáveis, que permite que os fatos recebam a incidência como decorrência automática do sistema jurídico, que é também lógico.

E não se diga que a fatalidade da incidência impediria a evolução do direito<sup>10</sup>. A evolução formativa independentemente da evolução textual das leis é inegável. Mas tal evolução não é feita pelo aplicador do direito, como chega a afirmar Carlos Maximiliano<sup>11</sup>, é apenas por ele reconhecida. Tanto é assim, que no momento da aplicação, os textos devem ser interpretados de modo a se conhecer a norma que era existente no instante em que ocorreu o fato (momento da incidência), e não no momento da aplicação, que é mera constatação de situação perfeitamente acabada.

“A ação do tempo é irresistível; não respeita a imobilidade aparente dos Códigos. Aplica-se a letra intata a figuras jurídicas diversas, resolve modernos conflitos de interesses, que o legislador não poderia prever. (...) Se de outra forma se agisse e se ativesse ao pensamento rígido, limitado, primordial, a uma vontade morta e, talvez, sem objeto hoje, porquanto visara a um caso concreto que não se repete na atualidade; então o Direito positivo seria uma remora, obstáculo ao progresso, monolito inútil, firme, duro imóvel, a atravancar o caminho da civilização, ao invés de o cercar apenas de garantias.”<sup>12</sup>

As normas se modificam, a despeito da manutenção do texto legal, pois elas decorrem de todo o sistema jurídico e social em que se encontram. São de acordo com o contexto<sup>13</sup>. A norma que incide é aquela que existia no instante da

<sup>10</sup> “Se a incidência ocorresse sem a intermediação humana, não haveria a transformação do sentido. A incidência de ontem não é a mesma de hoje. O texto pode ser o mesmo. A norma, contudo, é diversa.” Gabriel Ivo. Norma jurídica: produção e controle, p. 53.

<sup>11</sup> “Nítida ou obscura a norma, o que lhe empresta elástico, alcance, utilidade, é a interpretação. Há o desdobrar da fórmula no espaço e no tempo: multiplicando as relações no presente, sofrendo, no futuro, as transformações lentas, imperceptíveis, porém contínuas, da evolução.” Carlos Maximiliano. Hermenêutica e aplicação do direito, p. 36.

<sup>12</sup> Carlos Maximiliano in Hermenêutica e aplicação do direito, p. 30.

<sup>13</sup> “Pelo trato teórico e prático, as regras jurídicas são objeto de *pensamento* e momentos da *vida*. Ganham em sinais de identificação, em consistência de conteúdo, em rigidez, em relação às outras, ao mesmo tempo que conseguem o máximo de elasticidade. Pensadas e vividas, através de gerações, podemos observar como se transformam e em que se diferenciaram, dando ensejo a regras jurídicas da mesma família mas inconfundíveis. Ao cabo de alguns séculos, são como seres vivos com que trabalhássemos e essa investigação incessante nos aponta o que são, a que servem ou deservem, qual o seu papel no sistema jurídico de que fazem parte.” Pontes de Miranda. Tratado de direito privado, tomo I, p. 8.



concreção do suporte fático, que pode já não ser a mesma que existia no momento da publicação da lei.

#### **4. A INFLUÊNCIA DA LINGUAGEM NO CONHECIMENTO DO DIREITO**

A linguagem é instrumento de exteriorização do direito. É a forma da qual as normas se revestem, uma vez que o direito é conceptual, isto é, não é objetivamente percebido pelos sentidos: palpável, visível, olfativo, degustável, audível.

Um copo de vidro vermelho é vermelho para qualquer pessoa, ainda que se diga que é *red*, *rouge*, *krasny* ou *rosso*, qualquer pessoa que tenha visto o copo saberá que a coloração dele é aquela, seja o nome que se dê. Se o copo tem vinte centímetros, terá a mesmo tamanho para qualquer um, ainda que medido em polegadas, palmos, ou mesmo que avaliado por quem desconheça qualquer sistema métrico. Saber se é grande ou pequeno, aí sim, já é questão subjetiva, pois diz respeito à valoração, sempre vinculada a um referencial: pequeno para quê? Grande para quê? Também é subjetiva a qualificação do copo vermelho como bonito ou não, pois a estética é igualmente relativa. Já se o copo é de vidro, é questão objetiva.

Mas mesmo os aspectos objetivos, como a altura do copo, sua cor, o material de que é feito, podem ser apreendidos ou interpretados diferentemente a depender de quem o faça: o daltônico não percebe o copo como vermelho; para alguém com pouca noção espacial, que observe o copo a uma distância relativamente longa, a altura do objeto pode ser entendida equivocadamente, e também podem ocorrer distorções em casos de ilusões de ótica; o vidro pode ser confundido com plástico, a depender da sensibilidade de quem observa a peça. Mas nada disso muda o fato de que o copo tem vinte centímetros, é vermelho e de vidro.

A apreensão de qualquer realidade, que constitui o conhecimento, tem uma ineliminável porção subjetiva. Ocorre que se o objeto do conhecimento é algo que existe, a subjetividade da interpretação não modifica a realidade do objeto. Assim, pode-se dizer que, entre as inúmeras interpretações de um objeto, há uma que é correta, aquela que coincide com a realidade. A realidade permanece, ainda que não haja qualquer interpretação, do mesmo modo que o copo existe, mesmo que trancado numa sala à qual ninguém tenha acesso. Mesmo quando não se conhece o objeto, ele existe com todas as suas característi-

cas (objetivas, as subjetivas são qualificações relativas, resultantes da conjunção do objeto e do intérprete).

As normas jurídicas são objetos de conhecimento existentes. A grande dificuldade é que, por serem conceituais, são expressas por meio da linguagem, e a linguagem tem grande carga subjetiva. A linguagem em si contém inúmeras interpretações, inúmeros significados. Porém como já foi dito, a interpretação não modifica ou constrói as normas – estas existem antes e independentemente da interpretação. Existirá sempre uma possibilidade de interpretação que é a correta, e isto não depende da autoridade do intérprete, mas sim da coincidência entre a realidade (a norma jurídica) e o produto da interpretação.

Defender que a norma é criada pela interpretação é defender que não existe um sistema jurídico unitário e superior, mas sim que há um caos, formado de infinitos sistemas diversos, um para cada pessoa, e para cada momento (pois o mesmo intérprete, ao longo do tempo, chegará a resultados diferentes, dada a subjetividade da atividade interpretativa).

Este primeiro problema é, talvez, remediado, com a atribuição da interpretação autêntica/estatal a determinadas pessoas – juízes, por exemplo. Mas restam, ainda, dois problemas mais graves.

Um: o produto da atividade legislativa seria apenas o texto, esvaziado de qualquer conteúdo. O texto – reconheça-se – daria limite aos intérpretes, mas seria oco. A verdadeira legislação caberia aos intérpretes.

Daí decorre o outro: quando se interpretam os textos, para aplicá-los a um caso concreto, haveria retroatividade da norma. Isto porque a norma jurídica seria criada no momento da aplicação, depois de já ocorrido o fato ao qual será aplicada. Ressalta a arbitrariedade de um tal sistema<sup>14</sup>. Também assim os juízes, desde que não ultrapassassem os limites literais do texto, seriam infalíveis. E sendo infalíveis, porque a aplicação em certa medida se identificaria com a criação normativa, não seria possível a reforma de decisões judiciais, a menos que se entendam tais reformas como verdadeiras revogações, em segundo grau, das normas criadas no primeiro.

---

<sup>14</sup> Como adverte Pontes de Miranda em seu Tratado de direito privado, tomo I, p. 30, “a coexistência do suporte fático e da regra jurídica, que sobre ele caia, é indispensável, porque, ainda nos casos de regras jurídicas retroativas, a retroatividade ou a) é da eficácia, ou b) é da incidência, *por arbitrariedade*. Dizer que o fato do tempo A, que passou, tem de ser regido pela regra jurídica do tempo C, equivale a admitir a reversão do tempo e regular relações inter-humanas que já desapareceram. Menor é a arbitrariedade da eficácia retroativa, que é só no domínio da eficácia. Regra jurídica e suporte fático hão de existir no momento em que se dê a incidência.”



## **5. INCIDÊNCIA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO**

O entendimento acertado, portanto, é o de que a norma existe desde quando a lei<sup>15</sup>, ou leis, que a expressa é publicada. É objeto do mundo do pensamento, sim, eis que todo o mundo jurídico é construção do pensamento. Mas não é por isso que deve ser considerada indeterminada, imprecisa ou equívoca, tal como o direito também não. O pensamento a que se faz referência aqui, não é o pensamento individual, subjetivo, mas o pensamento lógico, que se contrapõe à percepção sensível.

O que pode ser equívoco é o texto, e por isso existem interpretações variadas de uma mesma norma. Mas se considerados todos os textos que compõem dado sistema jurídico, norteados pelos princípios gerais daquele ordenamento, dever-se-ia identificar precisamente a norma que se procura conhecer (interpretar). Isso não ocorre sempre porque a compreensão sistêmica e exaustiva do direito é difícil de ser alcançada, sobretudo porque o direito acompanha as modificações da sociedade, ainda quando as leis permanecem as mesmas.

Importante ressaltar é que a norma existe independentemente do conhecimento acerca de sua existência, e incide independentemente de qualquer operação mental. Ela é criação humana, mas se desprende dos homens, passando a funcionar de modo autônomo, incidido, quando vigente, em todos os seus suportes fáticos que se concretizam. Ao contrário do que afirma Paulo de Barros Carvalho<sup>16</sup>, a incidência se dará mesmo que não haja um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina, exatamente porque o mecanismo da incidência foi idealizado para ser infalível<sup>17</sup>, pois é isso que torna o direito obrigatório<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> As normas não correspondem sempre a uma determinada lei ou a trecho legal específico. Entretanto, mesmo quando são implícitas, estão manifestadas através das leis.

<sup>16</sup> Direito tributário – fundamentos jurídicos da incidência, p. 9: “é importante dizer que não se dará a incidência se não houver em ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina.”.

<sup>17</sup> “É falsa qualquer teoria que considere apenas *provável* ou *suscetível de não ocorrer* a incidência das regras jurídicas (o homem não organizou a vida social deixando margem à não-incidência, porque teria sido o ordenamento alógico, em que essas poderiam *não ser*), e, g., as teorias que afirmam que algumas regras jurídicas não se aplicam e, pois, *não são* (confusão entre *incidência* e *aplicação*)” Pontes de Miranda. Tratado de direito privado, tomo I, p. 4.

<sup>18</sup> “A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem *para* submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete. Mais eficiente, exatamente porque foi a *técnica* que mais de perto copiou a *mecânica* das leis físicas.” Pontes de Miranda. Tratado de direito privado, tomo I, pp. 8-9.

A despeito disso, a norma pode deixar de ser observada, caso em que se constata inefetividade, a ser corrigida por meio da correta aplicação. A própria aplicação pode ser falha, porque feita pelo homem<sup>19</sup>. Mas o fato de se ter interpretado a norma diferentemente de como ela é, ou de se haver aplicado norma que não incidiu, ou mesmo de se haver descumprido a norma, não modifica a existência desta, nem apaga o fato jurídico nascido de uma eventual incidência sua<sup>20</sup>.

## **6. RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DA NORMA OU CRIAÇÃO DE NORMA INDIVIDUAL?**

Para Hans Kelsen<sup>21</sup>, em sentido estático haveria normas gerais, de conteúdos hipotéticos. Em sentido dinâmico, isto é, observando que na realidade dos fatos se dá uma situação hipoteticamente regulada, seria necessário que uma autoridade, reconhecendo a validade (particular existência jurídica, na terminologia kelseniana) da norma geral, reconhecesse, ou não, a validade de norma individual para o caso concreto.

Segue afirmando que entre as normas geral e individual não existe silogismo, isto é, que a validade da segunda não está implicada na da primeira, uma vez que num dever ser (hipotético) não pode estar implicado um enunciado (ser, concreto), e que, portanto, o aplicador do direito, em verdade, cria a norma individual, que é de ordem diversa da geral.

Mas como antes assentado, o direito é também um sistema lógico. Da vigência de uma norma concomitante com a ocorrência do suporte fático (concreto) decorre fatalmente a incidência. Reconhecer que a norma incidiu, portanto, é conclusão lógica do reconhecimento (i) de que a norma X existia e tinha vigência ao tempo A, e (ii) de que se concretizou o suporte fático de X também

<sup>19</sup> "A constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico. A declaração somente o altera pela condição humana de falibilidade: a *interpretação* e a *aplicação* podem ser, por erro do juiz, que é homem, diferentes da *incidência*." Pontes de Miranda. Comentários ao código de processo civil, tomo V, p. 43.

<sup>20</sup> "A incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela. Se se escreve, por exemplo, que, 'se há infração da regra jurídica, a incidência da regra jurídica falha *em realidade*', está-se a falar em acontecimento do plano do atendimento (aí, dito da realidade), com os olhos fitos no plano das incidências, que é o do mundo jurídico, o plano do pensamento." Pontes de Miranda. Tratado de direito privado, tomo I, p. 12.

<sup>21</sup> Teoria geral das normas, pp. 186 e 302 e ss.

ao tempo A. Esse reconhecimento não é nenhuma inovação. Ao suporte fático concreto, colorido de fato jurídico, não se liga nenhum efeito que já não estivesse previsto abstratamente na norma.

A aplicação não é atividade normativa, individualização de uma norma geral. A norma dita geral se individualiza sempre que incide, mas permanece única. O que surge no mundo do direito, com a incidência, são os fatos jurídicos, e seus efeitos (direitos, deveres, pretensões, obrigações, etc.), não uma outra norma.

## **7. INTANGIBILIDADE DO SENTIDO DOS TEXTOS**

Apoiar a impossibilidade de uma incidência fatal no argumento de que, por ser introduzida por textos, a norma não pode ser objetivamente identificada, porque os textos legais têm por conteúdo o enunciado-enunciado<sup>22</sup>, e os sentidos contidos neste são inesgotáveis consiste num erro. O que é falho, ou impreciso, é o meio por que se expressa o direito, que é a linguagem, não o direito em si. O fato de não se poder saber se às tantas horas choveu ou não em dado lugar, uma vez que ninguém se fazia então presente, não permite dizer que o chover é subjetivo. Para alguns, pela verdura do mato, terá chovido sim; para outros, pela estação em que o ano se encontra, é certo que não terá chovido. Mas a primeira suposição não faz com que a chuva caia retroativamente, nem a segunda apaga o fato dela ter caído<sup>23</sup>.

A suposta criação de norma individual, na realidade, é a indicação de que a incidência se deu, seguida da aplicação da norma. A interpretação se faz indispensável ao conhecimento da norma, não à existência dela. Se a criação da norma se desse no momento da aplicação, através do processo interpretativo, que daria sentido ao enunciado prescritivo, a aplicação judicial em si poderia ser considerada ato de enunciação, sendo o conteúdo do documento textual da decisão um enunciado. O sentido (norma) desse enunciado (decisão) também

<sup>22</sup> “é a sequência enunciada sem as marcas da enunciação. O enunciado é o conteúdo do texto, abstraído o seu processo. O enunciado sem a enunciação enunciada.” Gabriel Ivo. Norma jurídica: produção e controle, p. XLV.

<sup>23</sup> Discordante é a posição assumida por Gabriel Ivo: “O momento da aplicação não significa uma mera adequação com a incidência que ocorreu, mas a concreção da incidência. Não há uma incidência passada que seja incompatível com a aplicação. O aplicador não é um desvelador da incidência, não é porque antes ela não existia.” Norma jurídica: produção e controle, p. 61.



ser o subjetivo, plural, só sendo produzido quando este fosse interpretado. Ora, as partes, destinatárias imediatas da decisão a interpretam. Seriam então elas, as partes, os verdadeiros julgadores e, mesmo, legisladores, o que não se admite.

## **8. CONCLUSÃO**

O estudo da linguagem é fundamental para o direito, eis que o direito se encontra mergulhado na linguagem, revestido dela<sup>24</sup>. Mas não se confundem, não são a mesma coisa. A linguagem apenas permite a exteriorização do direito, e ao mesmo tempo dificulta sua perfeita compreensão.

A preexistência da norma jurídica em relação à interpretação é, pois, um fato. Sendo a finalidade do direito reger os fatos relevantes para a vida social, é preciso que suas prescrições antecedam a ocorrência dos fatos, para que possa atingi-los, bem como para que se tenha um mínimo de segurança. Mais, é preciso aceitar que, por ser mecanismo lógico, a incidência não pode ser modificada, imediata ou retardada pelo homem. Ela se impõe às pessoas, atribuindo efeitos aos fatos juridicamente relevantes, fazendo com que o direito seja obrigatório e, portanto, eficiente.

## **9. REFERÊNCIAS**

- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário – fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo. Saraiva, 4. ed. 2006.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro. Forense, 4. ed. 2005.
- IVY, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo. Noeses, 2006.
- KFELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre. Fabris, 1986.
- MACHIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro. Forense, 9. ed. 1979.

---

<sup>24</sup> “Aceitamos limitadamente que o fenômeno jurídico tem, basicamente, um sentido comunicacional (...) Dizemos, entretanto, *limitadamente*, porque recusamos a redução total do direito à linguagem, mesmo tomando-se esta num sentido amplo de comunicação. Nestes termos, preferimos dizer que o direito não é só um fenômeno lingüístico, nem mesmo um fenômeno *basicamente* lingüístico.” Tercio Sampaio Ferraz Jr. *Teoria da norma jurídica*, pp. 6-7.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo. Saraiva, 6 ed. 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**, tomos I-VI. São Paulo. Revista dos tribunais, 4. ed. 1974.

\_\_\_\_\_. **Comentários à constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969**, tomo I. Rio de Janeiro. Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**, tomo V. Rio de Janeiro. Forense, 3. ed. 1997.